DISPVTATIO TRIPLEX,

IN ARDVA ET DIFFILLIMA IVRIS

Conſultorum reſponſa: Pomponij in.l. Quo minus,ff.de fluminibus: Vlpiani in l.ſi aliena.§. Scæuola.ff.de vſucap. Gaij in.l. ſi ante acceptum. ff. iudicatum ſolui.

AVTORE FRANCISCO MARQVEZ de Gazeta Ouetenſis maioris Collegij Alumno & matutinæ Cathedræ Codicis antiquiori moderatore.



CVM LICENTIA.

Salmanticæ. Excudebat Petrus Laſſus.

Anno, M. DC.

CHARISSIMIS AVDITORIBVS, AC NOBILISSIMÆ IVVENTVTI VTRVMque ius profitenti, Franciscus Marquez de Gazeta eorundem iurium professor, salutem.

TAntum apud me, humanissima auditorum corona, semper valuit frequentia, qua nostra gymnasia illustri iuuentute plena decorastis, vt ingrati animi notam non facile fugerem, si hæc munuscula quæ parantur vestro nomini dicata non prodirent. Mea nanque studia constanti animo impensa, indefessoque labore peracta, ita probastis, vt quidquid animi impendi, & quidquid laboris peregi in nostro iure enodando vos ipsi libenter susceperitis, vtpote doctrinam ingenuo animo instituendo satis aptam. Si nostra igitur studia aliquando placuerunt, vestrasque beneuolas manus experta sunt, si nostris vigilijs latas aures animumque docilem præstitistis: nunquid non studia eadem nunc videtis prolixiori labore firmata? nunquid non easdem cernitis vigilias maiori cura præstitas? maiori nempe: cum frequens ac diuturnus vester in prælectionibus consessus me quasi sponte currentem ad vigilandum impulerit: vtpote eum, qui beneuolum vestrum animum in me audiendo animaduertens, obid tanquam eximio deuinctus beneficio, eximium semper laborem gratiarum loco retulerim. Suscepistis libenter illum, hunc libenter egregiæ indolis adolescentes suscipite, æquoque iudicio expendite, vt quam sæpe vestra approbatione

probatione dignam iudicastis doctrinam, ipsam albo lapillo modo notare velitis, vt quod fœliciter inchoastis, exitu fœlici perficiatis. Quo munere si nostrum ingenium deuinxeritis, non dubito quin plura, ac maiora in ciuili iure emolumenta polliceatur. Interim, his fruendo. Valete.

POMPO-

POMPONIVS LIBRO TRIGESIMOQUARTO AD SABINUM.

¶ Quo minus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi imperator aut senatus vetet, si modo ea aqua in vsu publico non erit. Sed si aut nauigabile est aut ex eo aliud nauigabile sit non permittitur id facere.

1 POmponi hoc responsum secundum Bartolum, hic in quatuor partes diuiditur quarum prima regulam ge generalem continet, scilicet, ex flumine publico cuilibet licitum esse aquã ducere. Secunda quæ est in versiculo nisi, præcedentis regulæ limitatio cõtinetur. In tertia in versiculo si modo existente, altera limitatio propositæ regulæ proponitur. In quarta vero quæ est in versiculo, sed si posteriorem limitationem noster Põponius exemplificat.

2 Visa litteræ contextura & huius legis diuisione facti species plana est ex qua cõmuniter omnes sequentem hodierna die disputãdam eliciunt conclusionem ex flumine publico duci aqua iure potest, nisi ab imperatore aut senatu prohibeatur, vel ea aqua vsui publico si destinata veluti nauigationi.

3 Cuius assertionis tres singulas partes singulis, argumentis impugnabimus; prior, quæ habet ex flumine publico liberum esse aquam ducere difficilis redditur ex Vlpiani sententia relata, in lege prima. §. permittitur. ff. de aqua quotidiana & æstiua, ibi, vel ex quo alio loco publico, vbi probatur non alias aquam ex Castello vel quo alio loco publico duci posse, nisi id à Principe concedatur, ergo non est lege permissum, ex flumine publico aquam ducere, alias enim superuacuo a Principe impetraretur lege prima. ff. ad municipalem. Secunda vero nostri textus pars, quæ imperatorem, vel senatum aquam duci prohibere posse probat dubia efficitur, si consideremus facultatem hanc aquam ex flumine publico ducendi à iure gentium ortum habere. §. & quidem. §. flumina institutionum, de rerum diuisione, quæ autem iure gentium competunt sine causa auferri nequeunt, argumento legis, item si. 15. ff. de reiuendicatione, lege Lucius. 11. ff. de euictionibus, ergo aquæductus ex flumine pu-

blico iure gentium permissus per Principem prohiberi, aut auferri nō debebat: vltima vero pars eo impugnatur argumento, certum est enim fluminū publicorum vsum publicum esse & vsui publico destinatum dicto. §. flumina, lege, riparum. 5. ff. de diuisione rerum, ergo si vera est secunda nostræ legis limitatio in versiculo si modo, cōtenta nunquam licere debebat aquā ex flumine publico ducere: maxime quia omne flumen publicum, aut si nauigabile non est, intrat flumen aliud nauigabile, aut mare quod constat nauigabile esse lege. 1. §. non autē supra eodem, ergo semper dicemus ex aquæ ductu fluminis publici impediri nauigationem, & sic ex nullo flumine publico aquam duci posse, sibique contrarium Pomponium hic extitisse.

4 Hæc sunt (alijs consulto omissis) quæ ex Bartoli & cæterorum hic mēte difficilem & ambiguam nostri textus sententiam reddunt, ea tamen impedimento esse nō debent quo minus Pomponium nostrum tueamur, cuius sententiam confirmat lex nemo. 4. cum sequenti. ff. de diuisione rerum. lege flumina. 3. infra eodem, lege fluminum. 24. ff. de damno infecto, lege adeo. 7. §. 1. versiculo quod si toto. ff. de adquirendo rerum dominio, dicto. § flumina, lege. 18. titu. 32. lege. 3. titu. 28. partit. 3. & præter ordinarios hic præcipue Ripam & in superioribus locis late exornant & prosequuntur nostri text. assertionem Cepola in tractatu de seruitutibus. cap 4. Gometius in. l. 46. Tauri, num. 10. decisio. Pedemontana. 10. in 2. part. Cou. Var. in regula possessor. 2. part. §. 4. num. 7. Auendanius in capit. correct. 1. part. cap. 12. num. 12. Forcatulus dialogo. 85. Duarenus libro. 1. disputationum. cap. 52. pro cuius perfecta decidendi ratione inuestigandum est quid flumen publicum sit? qua in re gloss. vltima in dict. l. nemo existimauit flumē publicū dici quod perpetuo defluat, ad differētiam fluminis priuati, quod ad tēpus hyeme, scilicet, decurrit pro hac re expendens. l. 1. §. fluminum, supra eodem. cuius sententiam communem esse constat ex Ripa & alijs hic & supra citatis, cui tamen ego nunquam me subscribere potui. Primo dum considero iuxta hāc sententiā superfluum extitisse Vlpianū in diuisione fluminum in. l. 1 §. item fluminum. supra eodem. ibi enim diuiserat flumina in perennia & torrentia, perenne flumen appellans quod semper fluat, torrens, quod hyeme tantū decurrat; post quā diuisionem confestim aliam subijcit diuisionem in sequenti. §. fluminum vt flumina quædam publica, quædā priuata sint: si igitur vera esset Accursij sententia superfluus existeret Vlpianus in locis supra citatis, & quod iam diuiserat iterum diuideret, secundo contra sentētiam Accursij expendo. l. 1. §. loquitur. iuncto principio eiusdē legis. ff. de aqua quoti. & æsti. vbi iurisconsultus priuatam aquam perennem appellat: neque pro Accursio facit dictus. § fluminum, ibi enim refertur Cassij sentētia, quę licet à Celso fuerit probata, non vt necessaria, sed vt probabilis ab Vlpiano ibi admittitur forte si respicies ad vsum fluminis pu publici, qui cum publicus sit & omnibus perpetuo pateat hoc sensu & respectu flumen publicum perenne potest appellari.

5 Quare Accursij reiecta sententia dicendum puto omnia flumina publica fuisse dict. §. flumina, verum Principes propter ius & generale dominiū quod in his, vtpote in alijs rebus publicis habent ex textu in capit. 1. quæ sint regalia in vs[illegible]eudorum solitos fuisse nonnulla ex his fluminibus priuatis indulgere ad eorum vsum cōmoditatem, & priuatam vtilitatem

vnde

vnde flumina priuata dici cœperunt, idest quæ quorundã priuatorum vsui & priuatę commoditati deseruiebãt. publica vero quæ in sua natura stabãt idest in omnium vsu & vtilitate dict. l. riparum. dict. §. flumina.

6 Ex qua vera fluminis publici descriptione cõstat iam quod cum fluminũ publicorum vsus omnibus publicus sit erunt eius effectus cuilibet tribuendi: vnde cum præcipuus effectus sit eius aquam deducere ad agros irrigandos, merito Pomponius hic aquam ducere cuilibet permitti recte respondit, dummodo pro modo possessionum & sine iniuria alterius id fiat. l. Imperatores. 17. ff. de seruit. prædi. rusti.

7 Secundo ex superioribus recte infertur cum Iustiniano in dict. §. flumina non solum aquam ducere, sed & in flumine publico piscari omnibus permitti, siquidem fluminis publici vsus publicus sit & is non minor eius effectus, l. iniuriarum. §. fin. ff. de iniurijs. §. feræ. Institutio. de rerum diuisione, docent præter ordinarios ibi Cepola, Couarr. & alij supra citati, vnde interpretari possumus. l. fi. in fine principij. ff. de vsucapio. vbi Papinianus ius piscandi quasi iuris publici vsucapi non posse recte respondit: & sic eũ qui pluribus annis in fluminis publici diuerticulo solus piscatus sit non posse alterum eodem iure quasi publico vti prohibere, cui tamen sententiæ ex aduerso aduersatur Martianus in. l. si quisquam. 7. ff. de diu. tempo. præscripti. vbi eisdem fere verbis cõtrariũ scriptũ reliquit: in qua difficultate ingenia sua scribẽtes exercẽt plures interpretationes assignãtes, ex quibus ea frequẽtiori calculo fuit admissa quã ex Ioanne vtrobique Accursius retulit, vt Papinianus loquatur de eo qui pluribus annis in flumine publico piscatus sit, iam tamen non piscatur neq; est in quasi possessione huius iuris, vnde alterum si velit piscari in eo loco prohibere non potest. Nam cum iam desierit piscari & eo iure vti res ad pristinum fuit statum redacta & ille locus fluminis publicus & omnibus communis mansit, Martianus vero in dict. l. si quisquam de eo tractat. qui tempore prohibitionis in quasi possessione illius iuris durabat, quia nondum desierat piscari, cuius lõge quasi possessionis ratione alium prohibere recte potest. Quæ interpretatio accommoditatissima Papiniano videtur in dict. l. fin. in cuius principio cum regulam proposuisset: loca videlicet publica præscribi non posse eam duobus exemplis confirmat, primum est eius: qui in littore pluribus annis ædificatum habuit: nam si ædificium funditus dirutum sit, vel dereliquerit alius in eo loco, vtpote publico ædificare non prohibebitur, nam licet interim donec ædificium mansit, & ipse in eius extitit possessione dominus ędificij fuit & illum locum præoccupatum habuit dict. l. riparum. in fine cum. l. sequenti. ff. de diuisione rerum, postea tamen diruto ædificio, vel pro derelicto habito locus ille ad pristinam conuersus fuit naturam, & publicus mansit in eoque potuit quilibet ædificare ex dictis legibus. Aliud exemplum fuit de eo qui pluribus annis in flumine publico fuit piscatus, quod vt recte cõueniat & simile sit prętedẽti exẽplo, supponendum est hunc pro derelicto habuisse illud piscandi ius, & in eius quasi possessione nõ existere: vnde cum ille locus publicus mãserit in pristinam restitutus naturam potuit quilibet in eo recte piscari. Quę interpretatio Bartolo & cæteris vtrobique scribentibus cõmunis fuit, sed ego vtpote diuinatoriã eam semper reieci: vnde enim constat in Marciani responso eum qui piscatus fuit in eodem iure piscandi manere? rursus Marcianus

cianus, vt perperam Ioannes existimat non se fundat in præ occupatione loci publici ad quam, vel per momentum fuisse locum occupatum publicum sufficit, sine tāto annorum curriculo. l. 3. ff. de adquire. domi. l. 48. titul. 28. partit. 3. sed se fundat in pręscriptione, & longa plurium annorum piscandi quasi possessione, quare Couar. in regula peccatum. §. 8. 2. p. num. 10. Existimauit ius piscandi longo tempore adquiri non posse d. l. fin. immemoriali, vero tempore præscribi posse dict. l. siquisquam, immemorialis, enim vicē tituli & concessionis habet l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana, sed conuincitur tum ex littera dict. l. si quisquam, in qua constat non de immemoriali, sed de lōga pręscriptione tractari, tum etiam quia vt ex infra dicendis apparebit, verius est ius piscandi vt præscribatur, non esse necessariam immemorialē, quamobrē Othomanus in dict. §. flumina credidit. dict. l. si quisquam addendam fora negationem. Connanus vero lib. 3. Commentariorum. c. 15. num. 1. priora verba. dict. l. si quisquam non Marciani, sed Papiniani, in dict. l. fina. fuisse, legunt vero compilatores, hoc responsum falso Marciano tribuisse, & vt distingueretur à Papiniano addidisse verba finalia quę illegitima & spuria esse credidit, sed horum audaciam & falsam accusationem merito damnarunt Charondas lib. 1. vero similium cap. 21. Robertus lib. 2. receptæ lectionis cap. 17. quorū omniū ommissis interpretationibus, vera horum iurium concordia inde pendet, nam siquis qui pluribus annis piscatus est, alium piscantem prohibere velit, ex eo quod ex piscatione plurium annorum locum illū fluminis plublici præscripserit audiendus non est, cum loca publica præscribi nequeant, & hæc est propria species Papiniani in dict. l. fi. si singula eius verba recte expendas illa præcipue eodem iure, quibus verbum vti cū misterio, nō fuit additum, vt ea referas ad præscriptionem, & exceptionem, supra adhibitum præscriptionis loci publici, si vero, qui pluribus annis in flumine publico piscatus est alium ex eo piscari prohibeat, quod ipse non dominus illius loci sit, sed ex eo quod solus piscatus sit, audiēdus erit, nam cum per priuilegium cōcedi possit, vt quis in flumine publico solus piscetur, ita vt alium prohibeat. l. vendito. 13. iuncta gloss. verb. succedentium. ff. communia prædiorum. l. sand. 14. iūcta glos. ff. de iniurijs. poterit & longo tempore, ius hoc prohibendi adquiri, quasi tunc dicatur recte ille locus præoccupatus, quoad piscationem, & sic his verbis, eodem iure recte in dict. l. si quisquam, fuit additum verbum vti.

¶ Tertio ex superioribus deducimus veram decidendi rationem ad secundam partem, nostræ. l. qua probatur posse Principem, vel senatum aquam ex flumine publico duci prohibere: neque obstat quæ iure gentium competunt a principe tolli non posse, nam in hac difficultate annexiæ laborat Iason. hic, num. 3. referens communem huins rei intelligētiam, vt noster text. intelligatur extra interueniente causa, ex dict. l. Lutius, cum similibus neque obstat, quod quando iuxta causa adest necessaria non est Principis aut senatus prohibitio quoniam tunc Al. aqua duci prohibetur ex nostro text. in versiculo si modo quo argumento Iason cum alijs a communi recessit plures ex cogitans interpretationes, nam ego eam amplexus existimo, vnam hic solam causam exprimi propter quam aqua ex flumine publico duci non potest vel vti si nauigationi impediatur plures tamen existere possunt causæ, ex quibus iuste possit aquæ ductus

ctus

ctus prohiberi quas recẽsuit Angelus in.l. 1. supra eodem & vtpote, non expresas Principis, vel senatus arbitrio remansisse credidit, ex quibus legem ferendo poterit Princeps aquæ ductũ prohibere, quæ prohibitio legitima & iuridica erit tum virtute generalis dominij in his rebus apud Principem existentis, ex supra scriptis tũ etiam, quia in his quæ in nullius bonis sunt, & in quibus plurimum præ occupatio operatur antequam ab aliquo prę occupentur potest Princeps disponere & præ occupationẽ impedire quoniam videtur ipse præ occupare & nõ tollit ius quæsitum, sed quærendum vt iam intelligas posse Principem ex ex ius causa ius aquæ ducendæ impedire, ex nostra.l. dict.l. Imperatores, quo modo leges regię iustificãdæ sunt quæ certis temporibus venationem prohibent.l. 1. & sequentibus, titul. 8. libro 9. cõpilationis, neque enim hoc casu dicitur tolli vis gẽtium, sed a Principe res has præ occupari & sic propter eius, legislationem esse impeditas, & occupatas.

9. Quarto & vltimo ex superioribus vera est Bartoli, hic & cæterorum communis sententia relata per Gometium, vbi supra, nempe vnicuiq; licere in flumine publico non nauigabili, Molendinum construere, cũ vsus fluminis & aquæ eius publicus sit ex supra scriptis. Quam tamẽ communẽ sententiam Paulus Castrensis in dict. l. fluminum ita admittit si Molendinũ ædificetur in aqua, ex concatenatione nauium, vt extant plura Romæ ædificata, secus vero, si Molendinum fiat in solo concabo & albeo fluminis: ita vt illũ ædificium contingat, quem admodum hod[illegible]ficãtur. Cuius rei rationem eã esse credit, nã priori casu vtitur quis aqua cuius vsus publicus est ex nostro text. Secũdo vero casu vtitur albeo & solo fluminis, quod non ita publicum est & omnibus patet. Verum hanc Castrẽsis sententiam merito supra citati damnarunt. Tum quia cuius naturæ, est flumen eius etiã est eius Albeus.l. 1.§. si insula, supra eodẽ dict.l. adeo.§. insula.ff. de adquirendo rerum dominio, ergo si flumen publicum est, & eius vsus communis Albeus quoque, & eius vsus publicus & communis erit. Tum etiam, quia in litore, licet loco publico ædifficare licet dict.l. fin.ff. de vsucapionibus. dict. l. riparum cum alijs, vnde non solum in aqua, sed & in Albeo flumiuis publici non nauigabilis Molendinum fieri poterit, id tamen, sic accipiẽdum erit vt quemadmodum aqua duci non potest, cum alterius præiuditio & iniuria, ita nec Molendinum construi ex argumento nostræ.l. & dict.l. Imperatores, vt iam constet certissimam esse glo. nostræ sententiam existimantis, quod si quis, ex flumine publico, infra aquam ducat, non poterit alius supra aquam ducere in inferioris præiuditium, vnde deducit. Bartolus, hic cõmuniter receptus in præiudicium, Molendini inferioris, non posse superius Molendinum edifficari, in quam sentẽtiam, vltra nostrũ text. & d.l. Imperatores, expendũt. Primo.l. 1.§. sunt qui putent, infra ne quid in flumine publico, vbi nec ripæ muniendæ causa, quidquam in flumine publico ædificari potest, si id cum in cõmodo alterius fiat. Secũdo adducitur.l. si manifeste. 7. C. de seruitu. & aqua, vbi nihil innouari potest cõtra veterem formam aquæ ductus quo minus, per certa per quæ decurrere solebat decurrat. Tertio & vltimo adducitur.l. 2. §. merito.ff. ne quid in loco publico, vbi si quid in loco publico fieri permittatur, id sine iniuria alterius fieri permissum creditur. Quam glos. nostræ sententiam, & Bartoli doctrinam, hic nu. 3. sequuti sunt, Ripa.nu. 4. Iason. 17.

hic, vt communem resoluit, Padilla in dict.l. si manifeste, num.5. verum glo. ibi ab hac sententia recedit existimās etiam in molendini inferioris damnum superius posse molendinum fieri. Primo, quia qui iure suo vtitur nemini iniuriam facit, argumento. l. iniuriarum.13.§.siquis me prohibeat.ff. de iniurijs. Sed cum molendinum in flumine publico construendo, quis iure suo vtatur, cum fluminis publici vsus communis sit, & omnibus pateat nemini iniuriam facere dicitur, ergo à nemine prohiberi debet. Secundo hæc sententia confirmatur ex.l.si in meo.21.ff.de aqua pluuia arce. Vbi, si ex venis fundi mei aqua in tuum fundum profluat, & ego in fundo meo venas incidam, sicque impediatur cursus aquæ ad fundum tuum, mecum agere non potest, cum ego venas incidendo in fundo meo, iure proprio vtar. Vltimo probatur præcedēs sententia, ex dict.l. fluminum. §. fin. cum sequentibus. ff. de damno infecto, in quibus non tenetur, qui in suo ędificat, licet inde damnum aduersario paretur, ergo qui in flumine publico molendinum construit, cum id iure faciat prohiberi non debet, licet inde molendini inferioris iniuria resultet, sed hæc non me mouent, vt à communi recedam sententia quam enixe amplexus existimo, cum molendini inferioris iuste ædificati iniuria non licere, suprà molendinum fieri. Quam opinionem vltra supracitata iura expresse confirmat Vlpianus in.l. 2.§.idem ait.ff. nequit in loco publico, vbi siquis, in loco publico iuste ędificatum habeant in eius iniuriam alius ędificare in loco publico prohibetur, & in specie. Hanc sententiam vtpote verissimam & iuri consonam amplexi fluerunt partitarum legum conditores, in.l.18.tit.32.p.3. qua sententia retēta, nō obstāt cōtrariæ partis fundamenta: nā cum aqua fluminis publici, quis vti nequeat, si cū iniuria alterius fiat d.l. Imperatores, ita nec molendinū fieri cū alterius incōmodo permittēdū erit, & si quis fecerit iure suo, vti nō dicitur. Ex quibus facile possumus iam cōtrarijs argumentis satisfacere, quorum iura procedunt, quod non in publico loco, sed in priuato, quis ędificat, licet enim inde alterius resultet iniuria prohiberi non potest, cum in re sua quilibet sit moderator, & arbiter.l.in re mandata.21. C. mandati, in loco vero publico nemini permittitur, cum alterius iniuria, quidquam facere, & sic in flumine publico licere non debet neque aquam ducere, nec molendinum facere in alterius iniuriam, & præiudicium.

vi. Barbosam in 1a p. l. legij 2e ff. sol. matrimonio n. 41. fol. 706. Tesaurg decis. 248.

Si vero flumen publicum nauigabile sit, quemadmodum, aqua ex eo duci non potest, ex nostro text. sine Principis licentia, ita nec molendinum fieri. Sed elegans quæstio est, si quis in flumine publico nauigabili molendinum fecerit, nulla principis interueniente licentia, si postea â Principe impetret, vt in flumine nauigabili publico molendinum faciat, huius facultatis virtute molendinum iam factum confirmetur, & videtur non confirmari, primo ex.l. si vero. 12.§.si post creditam.ff. mandati, vbi mandatum de mutuo dando, non extenditur ad mutuum, iam datum. Secundo adducitur.l.Solemus.9.ff.de cond.& demōst. vbi legatū vxori relictū in tēpus liberorū intelligitur, nō de liberis susceptis, cū maritus testaretur, sed de postea suscipiēdis. Vltimo afertur Bartoli doctr.in.l.hoc argu.ff. de hæredib. instit. docēris, quod siquis filię legauerit centū, quæ v[illegible]fuerit legato nō cōprehēditur, quæ vidua erat tēpore testamenti. His tamen nō obstātibus, contrarium defendit Iason, hic num. 129. 1.part. text.in.l.siquis filio exheredato

redato

redato.§.irritum.ff. de iniusto rupto, in quo licentia incapaci, ad testādum tributa complectitur testamentum ab eo illegitimê conditum, & illud confirmat, ergo facultas molendini in flumine nauigabili construendi, concessa legitimauit molendinum antea illicite constructum. Secundo expenditur Baldi doctrina in.l.fi. C. de senten. quæ sine cer.quam.scribentis, quod si à testatore relinquantur, centum mulieri pro ea maritanda debebuntur, licet conditi testamenti,tempore vxorata reperiatur. l. si iam facta. 10.ff.de condit. & demonst. l. antepen. C. de institut. & substitut. Tertió comprob. Quia si Papa scribat pro aliquo de prębenda vacatura,cōprehēditur in hac concessione præbenda, quæ tempore datæ vacans erat, gloss.in Clemen. 1. de concessione præbend. & in cap. 1. si postquam, de præbendis, in. 6. Quarto, nam facilius est confirmari, iam factum,quam permitti fieri quid de nouo.l. Patre furioso. 8. ff. de hijs, qui sunt sui vel, alieni iuris, ergo Princeps,qui molendinum, fieri in flumine nauigabili permisit, quod difficilius est multo magis, concedere credendus est, vt iam constructum molendinum substineatur, quod confirmatur, nam mandatum superueniens gesta antea, sine mandato confirmare dicitur.l.Iulianus.11. ff. qui satisda. coga. qua sententia retenta non nouerunt contrariæ sententiæ fundamenta. Ad primū enim de dicto. §. si post creditam respondeo, eum textum, in mandato procedere, quod ad futura, non ad præterita extenditur: præcipue, cum ex mandato aliqua resultat obligatio, vt in specie illius textus, cū enim proniores esse debeamus, ad liberandum, quam ad obligandum. l. Arrianus.47. ff. de obligationibus, & actio,merito mandatum, ibi, stricte interpretamur, vt non extendatur, vltra ea, quæ in eo continentur, secus vero est Principis facultas, & licentia, eiusque beneficium, quod debet quam latissime interpretari. l. beneficium. 3. ff. de constitu. Non obstat text.in dict.l. Solemus.ibi enim testator, qui scit, vxorem liberos habere, & in tempus liberorum vxori legat, non de liberis præsentibus, sed futuris sensisse creditur, quomodo satisfacere debes Bartoli doctrinæ, in dict.l. hoc artic. Aduerto etiam, hanc interpretationem à Iurisconsulto, fuisse admissam,in dict.l.Solemus, quoniā per eam mulier ad nubendum inuitatur, quæ res fauorabilis in iure nostro est l. hoc modo.64.l. hoc genus. 106. ff. de conditionibus.& demonstratio.

Neque huic nostræ resolutioni oberunt tradita per Molinam, lib. 4. de Hispanorum, Primogen.cap. 5. num. 33.& sequentibus facultatem, scilicet à rege concessam alienādi bona maioratus non confirmare, neque extendi ad alienationem, ante facultatem nō iure factam, hoc enim casu ex alienatione pœna commissa, fuit in institutione maioratus adiecta cōtra alienantē & ius sequētibus, in gradu quęsitū,& ideo mirū nō est facultatē ad iā factā alienationē, non extēdi quæ omnia in specie quam tractamus cessant.

Quibus sic constitutis in contrariū adducta, non obstāt pro ratione dubitandi ad nostrū text.& in primis.d.l.1. §. permittitur.ff. de aqua cotidiana, & æstiua, vbi vt ex loco publico ducatur aqua necessaria est Principis licentia, ergo idem iure non permittitur: nam huic dificultati respondet Accursius, ibi, verbo à Principe eum text.intelligendum,quando aqua fluminis publici vsui publico destinata est, tūc enim non alias quam Principe permittente aqua duci potest, ex nostro text. Verū hæc Accursij sententia, licet ab omnibus admittatur repelitur tamen ex eo

quia manifeste diuinat ad dictum. §. permittitur, in quo non cōstat aquam vsui publico esse destinatam. Secundo quia flumē publicū, & locus publicus dicitur, licet vsui reipublicæ, non sit destinatus, ergo verba dicti. §. permittitur, illa ex loco publico intelligi possunt, & de flumine cuius aqua vsui publico est, vel non est destinata.

Qua propter verus. d. §. permittitur, sensus sequens est, quod licet vnicuique liberum sit aquam ex flumine publico ducere iusta nostrum text. ex Castello vero, vel riuo aut quo alio loco publico in quo custodita aqua est sine permissu Principis eā nō licet ducere. dict. §. permittitur Principes enim Romani cum aquæ penuria laborarent, aquam in Castello, vel alijs publicis locis reponebāt, vt ex hijs hi soli aquam ducerēt quibus id à Principe permissum esset, vnde extat pretoris ędictum vim fieri vetantis ei, qui ex permisione aquā duceret. Quod ędictum, licet de aqua ducēda ex Castello à pretore fuerit interpositum. d. l. 1. §. pretor ait. ff. de aqua quotidiana & ęstiua, verum quoniam Principes ex riuo manante in Castellum, vel ex lacu, quo aqua profluens ex Castello recipiebatur aquam ducere permittebant, interdictum illud extenditur ad riuum, vel alia loca publica, in quibus aqua recipiebatur. Iuxta quam interpretationē apparet diuersam esse decisionem. d. §. permittitur ad decisionem nostræ legis, hic enim agitur de aqua ex flumine publico ducenda, quo casu licentia necessaria non est, ibi vero de aqua ducenda ex Castello, vel quo alio loco publico, vbi Principis licentia requiritur.

Ex quibus intelliges diuersam esse præscriptionem aquę ductus priuati, à præscriptione aquæ ductus ex Castello. Pro cuius rei cognitione obseruo, valde controuersum esse, quanto tempore seruitus aquæ ductus præscribatur, & immemorialem desiderari docuisse, videtur consultus in. l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana, & æstiua, cuius rei glossa ibi sequentem asignat rationem, nam cum hæc seruitus discontinua sit non minori tēpore quam in memoriali non præscribitur, glossa, & omnes in. l. seruitutes. 14. ff. de seruitutibus. Sed conuincitur hæc sentencia, tum quia seruitutes discontinuæ, vtpote itineris non in memoriali, sed longo tēpore præscribuntur. l. apparet. 5. ff. de itinere auctuque priuato, tum quia seruitus aquæ ductus longo tempore præscribitur. l. si quis diuturno. 10. ff. si serui. vendi. l. 2. C. de seruitut. & aqua. Qua interpretatione reiecta sunt qui putant in. d. §. ductus aquæ non desiderari de necessitate immemoriale tempus ad seruitis aquæ ductus præscriptionem, ita, vt excludatut ordinarium. Sed solum deciditur eum qui immemorialem allegat, perinde habendum ac si titulum & concesionem haberet, sed conuincitur etiam hæc intelligentia, quia vana, & inutilis rederetur illius tex. decisio, si pro constanti Iurisconsultus haberet ad adquisitionem illius aquę ductus tempus ordinarium sufficere, & de nullo dubio lex illa seruiret cōtra legem quod laueo. 9. ff. de Carbonia. ędicto. Quam ob rē sunt qui credūt quod cum ad adquirendam seruitutē aquæ ductus per longum tempus plura desiderentur, scilicet, non vi non clam nō præcario quem seruitute vsum fuisse. d. l. si quis diuturno, & scientia aduersarij. d. l. 2. C. de seruitut. & aqua, & alia de quibus per ordinarios in. d. l. seruitutes, ea omnia in in memoriali non sunt necessaria, quoniam omnia per tanti temporis cursum præsumūtur, & id decidit Iurisconsultus in. d. §. ductus aquæ. Verùm hæc interpretatio eodem morbo laborat quo superior,

rior, nam si attente consultus conside retur in. d. §. ductus aquæ, ita de necessitate tempus immemoriale requirit, vt ordinarium excludat, & non suffire contendat.

Quapropter his omnibus interpretationibus explosis, ex superioribus quæ retulimus ad dictum. §. permittitur patet. d. §. ductus aquæ interpretatio si eius contexturã referas ad. d. §. permittitur, quo supposito expedita est illius tex. sententia, nam cum duce re aquam ex Castello, vel alio loco publico nulli alij permittatur quam ei cui Princeps concesserit, & sic hoc sit in signum supremæ maiestatis reseruatum, nullus contra hoc præscribere poterit nisi tempore immemoriali cũ cõcessa insignũ supremæ maiestatis nõ nisi tempore immemoriali quærantur. c. super quibusdam. 26. §. 1. extra de verborũ significatione iũcto. capite primo, quæ sint regalia in vsibus feudorum.

C VLP.

VLPIANVS LIBRO SEXTO DECIMO AD AEDICTVM.

¶ Scæuola lib.11. quæstionũ scribit Marcelum existimasse, si bos apud furem concepit, vel apud furis heredem pariatq; apud furis heredem vsucapi, ab herede distractum iuuencum non posse sic inquit, quem admodum nec ancillæ partus. Scæuola autem scribit, se putare vsucapere posse, & partum, nec enim esse partum rei furtiuæ partem, cæterum si esset pars nec si apud bonæ fidei emptorem peperisset, vsucapi poterat.

Scæuolæ hoc subtile, & ab omnibus difficile reputatũ responsum, tres continet partes, quarum prima, in principio existens Marceli continet sententiam existimantis partum bobis, vel ancillæ furtiuę cõceptum apud furem, vel eius hæredem, & apud hunc ædictũ vsucapi non posse, in.2. vero Scæuolæ Marcelo aduersantis responsum refertur, & huius partus vsucapionem concedentis in versiculo. Scæuola autem nouissima vero parte quæ est in versiculo cæterum acutum contineter argumentũ. Ab absurdo quo Scæuola suam confirmat sententiam, & Marcelli refellit.

Conclusio extra Scæuolę sententiã est, partus rei furtiuę apud furem cõceptus, vel eius hæredem vsucapibilis est à quolibet bonæ fidei emptore.

Sed hæc sentẽtia duplici ratione difficilis existit, primò quia certum est, furtiuas res in vsucapibiles esse. §. furtiuæ institutio de vsucapio. l. sequitur. §. quod autem cum sequenti. supra eodem. l. non solum. 33. in principio infra eodem, sed partus bobis, vel ancillæ furtiué apud furem conceptus furtiuus est. l. qui vas. 48. §. ancilla. ff. de furtis, ergo in vsucapibilis esse debebat, ex Marcelli sententia maxime quia partus rei furtiuę pars dicitur. l. 1 §. ex hoc rescripto. ff. de inspiciendo ventre, ergo quem admodum mater propter vitium furti vsucapi. nõ poterat, ita neque eius partus quasi eodem vitio laborans. l. ancillæ. 12. C. de furtis. l. qui in vtero. 26. §. pręterea. ff. de statu hominum. Secundo ea ratione nostri. §. sententia dubia reditur si attẽdas fructus omnes etiam naturales ad bonæ fidei emptorem pertinere. l. bonæ fidei emptor in principio iuncto fine. 48. ff. de adquir. rerũ. domin. §. si quis à non domino institutio. de re. diuis.

uisi.ergo cum partus inter fructus na turales computetur dicta. l. bonæfidei in fine dicto.§.ancilla versi.ex fur tiuis necesse nō erat à bonæ fidei emptore hic vsucapi eum, vt fructus eius fuerit factus argumento.l. sequitur.4 §.lana,supra eodem.

His tamen non obstantibus defendenda est nostri textus, sententia quā licet nō in speciè per argumētū tamē probant dicta .l.non solum, infra.l.3. C.de vsucapione pro emptore.l. qui ob.9. cum sequent. ff. eodem. l. 5.tit. 29,part.3.explicant propter ordinarios vtrobique Robertus. lib. 1.receptæ lectionis,ca.6.Cuiatius,lib.15. obseruationum,ca.20.Pro cuius perfecta declaratione, & vera decidendi ratione. 1. constituendum est res furtiuas antiqua duodecim tabularū. l.& Atinia prohibitas fuisse vsucapi, d.§.furtiue cum alijs supra relatis .l.4 &.5.tit.29.part.3.cuius.l. duodecim tabularū verba sequētia fuere quod subreptū erit eius rei ęterna autoritas esto, vt exprobatis authoribus retule runt Balduinus, & alij, in. d.§.furtiue cuius prohibitionis ratio fuit, vt furtis occasio præcluderetur re pernitiosa, rei publicæ contraria naturali.l prohibita.l.1.ff.de furtis, neque vsucapio bono publico inducta.l.1.ff. de vsucapionibus in pernitiem conuerteretur, & aliorum fraudes, & malitias iustificaret, quæ in causa fuerunt vt prohibitio hæc non in personam, sed in rem fieret, vt constat ex verbis præcitatis l. illis eius rei æternæ authoritas esto, quæ manifeste osten dunt vitium hoc furti reale esse; & rē ipsam quocunque vadat committari adeo, vt donec in potestatem Domini reuertatur & vitium fuerit purgatum res illa à nullo possessore quantumuis bonæ fidei posit vsucapi.d.§. furtiue, cum similibus.

Secundo constituendum est partū dum in vtero matris est eius partem censeri, postquam vero in lucem edi tus est pars non dicitur, sed quid integrum, & de perse, quam sententiam confirmarunt Consulti in d.l. 1. §. ex hoc rescripto.ff. de inspiciendo ventre.l.curator.5.ff. de vētre in pos.mit. l.in Falcid.9.in fi.ff. ad l. Falcidiā, ex quibus plura possumus interpretari difficillima, & nostro textui summè consonantia. Primo interpretamur l. si quid ex Pamphila.73.ff.de legatis.2 in qua Papinianus respondit, quòd si mihi quid ex Pamphila natum erit, le getur, & ego Pamphilam prægnantē emam, & ea apud me sit enixa, potero legatum petere, nam ex quo titulo matrem habeo, scilicet, oneroso di cor eodem & partum habere cum tempore emptionis, vtpote in vtero existens pars matris fuerit, & sic lega tum petere non prohibebor, quoniā in partu duæ causę lucratiuæ non con currunt, quæ legati petitionem aliàs impedirent.l.Mæuius.66.§. duorum. ff.de legatis.2.

Secundo interpretor.l.ait prætor. 10.§.partum. coniuncta l.fi.§.non solum.ff.quæ in frande credit. quę leges sibi aduersantur. Dictus enim §. partū in re vocatoria partū ancillæ in fraudem alienatæ in restitutionē venire docet, dictus verò §.nonsolum negat, sed adhibenda distinctio est ad horū iurium conciliationem: nam si tempo re quo mater fuit in fraudem alienata prægnans erat, partus ille tanquam pars matris vt mater in bonis alienan tis esse dicitur, & vt mater per fraudē alienatus per reuocatoriam restituitur, si veró tempore alienationis mater prægnās non erat, postea veró pariat, partus reuocandus non est, neq; in reuocatoriam veniet, quia cum tēpore alienationis in vtero non fuerit super eo fraus commissa non dicitur.

Tertiò interpretor textum in l.fi-

nali C. de liberali causa.

Quartò verus colligitur sensus legis siquis.7.§.si ancillam prægnantem ff.de exceptione rei iudic.vbi si ancillam prægnantem petens condemnatus sim, si postea partum petant rei iudicatæ exceptione submouēdus ero: quoniam cum partus in vtero existēs pars matris esse dicatur quid in matre fit & in partu fieri dicitur, vnde matre petita prægnante & partus petitus dicitur, & ideo si iterum petatur iudicati exceptio obstabit cum idem petitum censeatur argumento legis cum quæritur 12. cum sequētibus.ff.de exceptione rei iudicatæ.

Quinto subtiliter interpretor dictam l.ancillæ,C. de furtis,d.l. qui in vtero.§.præterea.ff.de statu hominū, in quibus si ancilla prægnans furata sit, partus ille semper in vsucapibilis manet: nam vt matrem ita & partum in vtero existentem, vt partem matris quis furari & contrectari dicitur. Vnde vt mater vitio reali furti afficitur, & vt mater in vsucapibilis manet. Ita partus.

Sextò interpretor legē 3. C. de vsucapione pro emptore, legem non solū.ff.de vsucapionibus.l.si ego.§.partus.ff.de publicia.l.si ancillam. ff. pro suo.l.qui ob pactionem,cum sequen. ff.pro emptore in quibus si bos, vel ancilla furtiua conceperit & pepererit apud bonæ fidei emptorē,partus furtiuus non est: nam cum mater nec prægnans furata sit, nec distracta in partu nunquam contrectatio aut furtū fuit commissum, ac per consequens omni furti vitio liberatus vsucapibilis mansit, cum vitium matris ad partum extendi non potuerit.

Sed ex diametro repugnat difficile Pauli responsum in l. sequitur. 4.§. de illo. ff.de vsucap. vbi conceptus, & editus partus ex matre furtiua in vsucapibilis est, quantumuis apud bonæ fidei emptorem hæc contingant. Cui difficultati communiter apud Bartolum & cæteros ibi recepta fuit Accursij interpretatio, vt ille textus procedat, quando bonæ fidei emptor, antequam ancilla furtiua quæ apud eū cōcepit peperisset, cognouit, ancillam sibi venditam furtiuam fuisse, quo casu propter vitium personale malæ fidei vsucapio inhibetur. Quæ interpretatio communis licet probetur in d.§.de illo, in versiculo, si antequam, non tamen meo videri integre satisfacit d. §. de illo in principio, in quo cum proposuisset Paulus speciem, in qua seruus domino suo ancillam quā subripuerat pro libertate sua dedit, & hæc apud dominum concepit, Paulus ex Sabini & Casij sentencia partū vsucapi non posse, respondet non ea nixus ratione quod malam fidem dominus habuerit, vt Accursius, & communis existimauit, sed quia possessio quam seruus tēpore subreptionis nactus est vitiosa erat, & sic domino nocere debebat. Vnde sequitur iuxta hanc rationem communem interpretationem non posse d.§. de illo conuenire eique ex aduerso repugnare dictam l. qui ob pactionem cum sequenti. Vnde hac sententia communi reiecta, vt ad concordiam prædicta iura reducamus, animaduertendum est, & distinguendum, an dominus ad vsucapionem partus velit se iuuare prima possessione, quam per mediam personam serui tempore subreptionis acquisiuit, iuxta l. 1.§.item adquirimus. ff.de adquirenda possessione, l.3.tit.30.partita 3. & tunc quoniam hæc possessio vitiosa fuit domino nocere debet, & sic eius virtute vsucapio in partu contingere non potuit, d. §. de illo: si autem dominus non priori possessione per seruum adquisita sed noua inquisita ex datione pro libertate, in qua quidam quasi emptionis titulus

tulus interfuit se iuuare velit vsu capere partum non prohibetur, quæ est vera Iuliani sententia.d. legis qui ob pactionem cum sequenti, dũmodo apud eum cum bona fide conceptus & editus sit, vt aliàs dicere solemus in herede & vniuersali successore, cui si velit se iuuare possessione defuncti, & ex persona eius vsu capere si defunctus in mala fide existebat id facere non potest, & authoris mala fides ei nocet: si verò ex sua possessione & ex sua persona velit vsucapere non prohibetur si bonam fidem habeat, quamuis eius antecessor malæ fidei fuisset, quomodo cõmunis interpretatur legem, neque fructuarium, C. de vsufructu. l. cũ heres, ff. de diuersis & tẽporalibus præscriptionibus, quã resoluit Menchaca controuersiarum illustrium c.73. per totum. Sic itaque si dominus velit serui priore possessione vti, cum hæc vitiosa sit ei nocere debet, arg. legis heres, §. fi. ff. de vsucapionibus, secus si propria sua & de nouo adueniente possessione se iuuare velit.

Vltimo ex superioribus adnotare possumus veram decidendi rationẽ ad nostrũ textum, in quo tractatur de partu ancillæ, quæ cum subrepta fuit, non erat prægnans, concepit autem apud furem, vel apud furis heredẽ & apud eũ peperit hoc partu vẽdito, quærebatur, an partus vsucapi posset, Marcelus vsucapionem negabat, existimans, quod cum mater vtpote furtiua vsucapi non poterat, ita nec partus quasi eius pars, Scæuola vero contra Marcelum vsucapionẽ admisit, contendens partum hũc nõ esse partem matris, idque probans argumento ab absurdo: nam si esset pars, neque si partus ex hac ancilla furtiua editus fuisset apud bonę fidei emptorem vsucapi posset, quia vt pars matris vitiosus esset, quod est contra omnem legum dispositionẽ vsucapionem permittentem, d. l. si ego, §. partus, cum similibus supracitatis, tunc enim pars matris censetur quotiens prægnans furata fuit. Verũ huic sentẽtiæ Scæuolæ ex diametro refragatur lex qui vas, §. ancilla. ff. de furtis, vbi licet ancilla prægnans non furetur, sed furata apud furem concipiat eo solo partus furtiuus est & invsucapibilis. In qua difficultate componenda variæ extant scribentiũ sententię. Accursius enim Scæuolæ respõsum hic corrigit per Vlpianum in d. §. ancilla: sed hæc legum correctio admittenda nõ est, & à consueto interpretandi modo longe aliena, cap. cum expediat de electione in 6. qua propter Bartolus in d. §. ancilla credidit partum in specie nostræ legis conceptũ fuisse apud furis heredem, qui bonæ fidei erat, & ideo mãsit partus vsucapibilis, d. §. partus: sed neque hæc interpretatio admittenda est, vtpote contraria nostro tex. quare alij crediderunt Vlpianum hic nihil aliud fecisse quàm referre Marceli & Scæuolæ contrarias sententias, Marceli autem opinionem probasse in d. §. ancilla, sed neque huic consentio intelligentiæ, considerans morem Iuris consultorum, qui dum in aliqua re contrarias referunt sententias posteriorem probant, si nihil in contrarium adducãt in quod procliuior sum, aduertens, quod licet noster tex. & d. §. ancilla desumpti sint ex eodem Vlpiano, loci tamen, & inscriptiones diuersæ sunt, noster enim tx. desumptus fuit ex Vlpiano lib. 6. 10. ad ædictum, dictus vero §. ancilla, ex Vlpiano libro 42. ad Sabinum transcriptus fuit. Quod si vnus esset locus ex quo hæc responsa fuissent desumpta credi po

D tuisset

tuisset Vlpianum hic retulisse senten tias Iuris Consultorum cõtrarias ibi veró approbasse eam, quæ ex his magis sibi probabilis videbatur.

Quibus omnibus interpretationi bus reiectis in scholis, qui hanc diffi cultatem tractarunt, præcipuè Vespertinæ cathedræ Codicis moderatores interpretatione legis 3. C. de vsucapione pro emptore, excepto vno hocque nouissimo, qui difficul tate superatus, iuris doctrina destitu tus, ingenij tarditate præsus sæculari bus que magis negotijs, quàm iuris lectione occupatus misere confugit ad stultorum excusationem, credés inter hæc iura aut repugnantiam cõ tineri, aut se erum sententiam ignorare, vt hæc omnia constabũt ex his quæ auditoribus suis præterito anno dum dictam legem 3. in sua cathedra interpretaretur, dictauit. In scholis itaque sequens admissa est interpretatio, vt Scæuola in præsenti non re prehendat Marcelum, sed eius sentẽ tiam interpretetur. Dixerat enim Marcelus partum vobis, vel ancillæ furtiuæ vsucapi non posse quod dictũ generale interpretatur Scæuo la vt procedat quotiés partus est pars matris, & de vitio matris participauit, quando scilicet prægnans furata fuit, vt supra resoluimus, secus vero sit quando non est pars matris. Sed & hæc interpretatio à vero aliena est, contraria nostræ legi in qua Scæ uola Marcelum non interpretatur, sed ab eo dissentit, & eum reprobat rursus, licet prægnans mater nõ subripiatur, adhuc tamen partus poterit esse furtiuus & in vsucapibilis, ve luti si apud furem concipiatur, d. §. ancilla.

Quare in re lubrica & obscura vt nostrum interponamus iudicium se quentia aduertimus, & sequentes proponimus casus. Cõsideramus in primis partum in vtero existentem partem matris iudicari, vt supra diximus. Secundô dicimus possessionem in partu dum in vtero est non dari, nihil enim est quod possideatur, & ideo postquam editus est, incipit possideri, ac per consequens posse vsucapi, d. §. partus, d. §. de illo, cũ similibus supraductis. Tertio aduertimus, vendentem rem alienam, & eam retinens & possidens, domino inuito eam cõtrectare, & furtum in ea admittere, l. alienum, l. si seruũ, C. de furtis. l. 1. l. sciens, C. de vsucap. pro emptore. Quartò & vltimó aduertimus, heredem in ius defuncti succedentem iustam ignorantiæ cau sam habere dici. l. fi. ff. pro suo c. his qui in ius, de regulis iuris in 6. l. qui in ius, ff. eodem. Quibus suppositis sequentes constituo casus, prior est, quando ancilla prægnans subripitur tunc enim cum pars matris sit contrectatio fit in matre & in partu, & ideo partus furtiuus & inusucapibilis manet, d. l. ancillæ. C. de furtis, cũ similibus. Secundus casus est, quando ancilla non prægnans fuit furata & postea vendita bonę fidei empto ri, & hæc apud hunc concepit & pe perit, tunc enim in partu non datur furtum, neque cõtrectatio, & sic vsu capibilis manet, dicto §. partus, cum similibus. Tertius casus est, quando ancilla furtiua cõcepit apud furem, & fur eam prægnantẽ vendidit, quo casu partus est furtiuus, & inusucapibilis, licet edatur apud bonæ fidei emptorem, quia ancillam hanc furti uam prægnantem, vendendo de nouo fur, furtum commisit, in matre, & in partu, tanquam parte matris ex d. l. alienum, cum similibus, & ex d. l. ancillæ, & hic casus est decisus ab Vlpiano in d. §. ancilla. Quartus ca-

sus

ſus eſt, quando ancilla furata concepit & peperit apud furem, tūc enim cum fur incipiat partum poſsidere, quem ſcit alterius eſſe, quoniam ſub ripuit matrem, partum contrectat, & in eo furtum admittit, & ſic ſi partus vendatur, vtpotè vitio reali furti affectus vſucapi non poteſt d.§.ancilla, ibi, ſiue apud furem edatur. Vltimus caſus eſt & à ſuperioribus longe diuerſus, quem tractat Vlpianus hic ex Marceli, & Scæuolæ diſputatione, ſcilicet, quando bos, vel ancilla furtiua concepit apud furem, fur autem deceſsit ea prægnāte, vel concepit apud eius heredem, peperit autem apud heredem, vt ex noſtri tex. litera cōſtat. Marcelus putabat, partum hunc venditū vtpote furtiuum vſucapi nō poſſe, Scæuola vero contra putabat, partum hunc nō eſſe partem matris, quia iam editus eſt, & tēpore quo mater furata fuit, non erat in eius vtero, & concludit Scæuola partum hunc furtiuum nō eſſe, & ſic vſucapi poſſe, quia in ſpecie propoſita, nunquam in partu data fuit contrectatio, ſeu furtum, non tempore quo mater fuit furata quia non erat prægnans, non tēpore quo apud furem concepit, quia cum fur prægnantem matrem non vendiderit, nec partum cæperit poſsidere cū apud eius heredem partus fuerit editus, heres autem furis potuit iuſtam ignorantiam habere & matrem furtiuam ignorare ex ſupradictis, & ſic licet cæperit partum poſsidere, vel eum vendiderit aut matrem prægnantem nunquam furtum in partu fuit admiſſum, & ſic manſit vſucapibilis, tunc enim contendit Scæuola eſſe partum partem matris & de eius vitio participari quoties prægnās furatur, vel venditur à fure, nō quādo prægnans venditur ab herede furis vitium matris ignorante, & id eſt quod ingenioſe hic Scæuola, ni falor cōtra Marcelum diſputauit, & reſoluit, & ab Vlpiano fuit probatum.

IN GAI IVRIS CONSVLTI SVBTILE & difficile reſponſum in.l. ſi ante acceptum.7.ff.iudicatum ſolui,in Veſpertinæ perpetuæ cathedræ aſſignatum, non vulgares annotationes Franciſci Marquez de Gazeta,Ouetenſis maioris Collegij alumni, & Matutinæ cathedræ Codicis moderatoris.

Gaius lib.27. ad ædictum prouinciale.

¶ Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit procurator à domino & actor ignorans prohibitum eum eſſe, egerit an ſtipulatio cōmittatur & nihil aliud dici poteſt, quam commtiti : quòd ſi quis ſciens prohibitum eſſe egerit,Iulianus non putat ſtipulationem cōmitti : nam vt committatur non ſufficere ait cum ea perſona acceptum eſſe iudicium,quæ ſtipulatione comprehenſa, ſed opportere etiam cauſam perſonæ eandem eſſe,quæ ſtipulationis interponendæ tempore fuit,& ideo ſi his qui procurator datus eſt heres extiterit domino, atq; ita acceperit iudicium ſiue etiam prohibitus acceperit,non committitur ſtipulatio: nam & alias reſponſum eſſe, ſi quis abſentem defendens ſatis dederit,deinde,vel procurator ab eo datus vel poſtquam heres ei extitit iudicium acceperit, fideiuſſores non teneri.

INter cæteras iudiciales stipulationes prætorias recenset Vlpianus, in l. 1. §. 1. supra de prætoris stipulation. iudicatum solui, de qua Gaius I.C. hic tractat, cuius interpretationem ne ieiune aggrediar paucis explicare libet, quid hęc stipulatio sit, a quo præstetur, & quo tempore, sequutus gloss. Bartolum Paulum, & alios in Rubr. infra.

Quoad primum constituo ex prętorijs iudicialibus stipulationibus, quasdam interponi adiudicium, vsque ad sententiam sustinendum qua lis est iudicio sisti, stipulatio. l. 1. ff. in ius vocati, l. 1. & per totum. ff. qui satisd. cogan. l. ita stipulatus. 115. ff. de verbo. obligat. de qua sermo noster non est, stultumque est hic eius naturam, modum & formam explicare, hodiernamque eius praxim, eam tamen tradiderunt Rebardus, lib. singulari pro tribunali, cap. 3. & de vsu capionum differentijs, cap. 2. Baldinus ad Rubr. institutionum de satisdationibus, Xuarez, & alij per Valascum relati, consilio. 76. aliæ sunt quæ principaliter post latam sententiam iudicia tuentur, quarum est nostra iudicatum solui, ideo a prætore excogitata, ne iudicium illusorium redderetur, sententiæque finem controuersijs imponũt melius & fortius ad effectum perducerentur executionique mandarentur, teste Iustiniano in dict. principio institutionum de satisdationibus, interposita namque satisdatione & sententia postea lata nõ solum iudicati actio, sed ex stipulatione actio oriebatur tam contra condemnatum, quam eius fideiussores. Interest autem plurimum cumulatare medio & plures habere personas obligatas sensit Iustinianus vbi sup. ibi essetque ei potestas, &c.

Vnde constat, quod licet hæc stipulatio nostra tres contineat clausulas ob quas committi solet de dolo malo, de re defendenda, de re iudicata, l. iudicatũ. 6. supra eodem, quia tamẽ ob hoc principaliter fuit inducta, vt iudicato pareretur à principaliori fuit denominata, scilicet iudicatum solui, vt iam intelligas legem si accepto. 21. supra de acceptilationibus, l. cum quærebatur. 13. infra eodem in quibus sublata clausula de re iudicata principaliori, cæteræ vt accessoriæ cessant.

Quoad secundum a quo hæc satisdatio præstetur distinguẽdum est inter realem & personalem actionem, actorem & rerum, procuratorem & defensorem, in actione reali actor si suo nomine agebat satisdationem hanc non præstabat, si alieno rem ratam haberi satisdabat, l. 1. l. procurator. 8. & 23. & per totum, infra ratã rem haberi. Reus vero siue alieno, siue proprio nomine pulsatus, sine satisdatione hac in reali actione non audiebatur dicto principio institutionum de satisdationibus, si vero de personali actione agatur in actore idem, quod supra in actione reali admittebatur, in reo vero distinguebatur, an proprio, an alieno nomine conueniretur, priori casu satisdationis onere grauandus non erat, posteriori satisdabat, iuxta dictum principium, vt iam intelligas. l. si pluriũ. 39. §. 1. ff. de noxa. actio. l. qui ex part. 18. ibi, vt satisdationis onus euitare possit. ff. de interroga. actio.

Sed non facile est differentiæ inuenire rationem, cur actione reali, proprio nomine pulsatus, sine satisdatione non audiretur, in personali, vero nõ satisdaret, quam se nũquam scire potuisset, vir alioquin insignis, & iuris scientissimus Paulus Castrensis,

sis vbi supra, ingenue fatetur, nec Iason de ea disputare ausus est, in. l. Iulianus, num. 6. ff. qui satisdat. cogan. propter eius difficultatem sententiã quorundam referens existimãtium, ante Digestorum compositionem superiorem viguisse differentiam, post eam vero, vtpote ratione destitutam inoluisse, in hanc sententiam expendentes legem hæc autem. 5. §. fin. ff. quibus ex causis in posc. ea. sed eos reprehendunt, Iason vbi supra, Nicolaus de Spinelis in dict. principio. 1. ex dict. l. Iulianus iuncta gloss. ibi. 2. ex. l. si eum hominem. 33. ff. de fideius. Vltimo ex text. expresso. in. l. qui si. 45. ibi, ex doli clausula. ff. de petit. hæred. neque eis suffragatur, dict. l. hæc autem. §. fi. loquitur enim nõ de reali, sed de personali actione. Quare ommissis quæ ab scribentibus, hoc in articulo tradita extant eam differentiæ puto rationem esse quod hæc satisdatio magis necessaria erat & maioris vtilitatis, quoad omnes suas clausulas in reali, quã personali actione. Pro cuius rei cognitione constituo, actionem personalem personã obligatam respicere, & vniuersum eius patrimonium. §. omnium institutis, de actionibus, l. si fideicommissum. 50. §. tractatũ. ff. de iudi. l. actionum genera. 25. §. in personam. ff de obligat. & actio. realis vero actio rem ab alio detentam prosequitur, dict. §. omnium, cum similibus, & in ea totum iudicium à rei posses. dependet. l. officium. 9. l. sinautem. 27. §. 1. ff. de rei vendic. l. vnica. C. de alienat. iudi. Secundo constituo in actione reali, & in iudicio super ea moro facile dolum committi posse, vtputa si quis cum rem non possideret se obtulit iudicio reali ignorante petitore, vt eum deciperet, & litis sumptibus vexaret idẽ erit si suscepto iudicio reali conuentus reus, qui possidebat rem dolo desineret possidere. His enim casibus quanuis reus cõuentus ad litis æstimationem condemnabatur, dubium tamẽ nõ erat actorem graui affici periudicio, nam cum principalis reali actione agentis intentio sit, rem ipsam habere, cũ reus conuentus quasi non possidens eam restituere non posset, necesse habebat petitor superioribus casibus iterum à vero possessore petere variisque adstringi iudiciis. l. si is qui 7. l. is qui se. 25. dict. l. sinautem in principio, & in §. 1. ff. de rei vendi. Tertio constituo actionem in rem intendentem principaliter desiderare, vt domus rei declaretur, in consequentiam vero vt res sibi restituatur, non deteriorata, cum fructibus & omni causa, l. præterea. 20. l. fructus. 33. cum sequentibus. ff. de rei vendicatione, vnde lata à iudice sententia, qua actor dominus declarabatur, reusque condemnabatur ad rei restitutionem plura supererant iudicia, & æstimationes in huius sentẽtię executione faciendæ: nam si condemnatus rem habebat manu militari ab eo auferebatur, si dolo desierat habere deferebatur iuramentũ in litem actori, & in quãtum durasset, iterum reus condemnabatur, si autem non dolo à possessione destitisset, litis æstimationis condemnatio fiebat, cum fructibus, & omni causa. l. & ex diuerso. 35. §. 1. l. qui restituere. 68. ff. de rei vendi. Vltimo constituo iudicium reale in hæredem rei conuenti transire, si rei petitæ possessio ad eum deueniret, vel dolo desineret possidere, alias nõ condemnabatur, nisi de eo quod per suum autorẽ commissum esset. l. si in rem. 43. & 51. ff. de rei vendic, quibus suppositis constat, iam in hoc iudicio

reali

reali hanc satisdationem summe fuis se necessariam: nam cum tres contineat clausulas, quod dolus malus ab erit, quod res defendetur, quod sententiæ stabitur, d.l.iudicatum sup. Et ex qualibet ex his in solidum committatur. dict.l. qui se liti. ff. de peti. hæred. l.si reus. 12.l. cum quæreretur. 13.l.nouissima.16.l. fin. infra securior erit actor interposita hac satisdatione, dolo namque reus abstinebit, rem tuebitut, & condemnatus scitius restituet, cum sciat aliâs committendam stipulationem contra se, suos hæredes & fideiussores, poteruntque plurimas ęstimationes & iudicia vitari. Cum in his prætorijs stipulationibus soleret certa summa comprehendi, ne ad difficilem eius quod interest probationem deueniretur.l.fi.sup. de prætorijs stipu. reoque conuento post sententiam decedente antequam in mora esset rei restituendæ, si possesio ad hæredem non transibat ad nihil tenebatur: quia tamen verum erat sententiæ paritum non fuisse, saltim ex satisdatione heres damnati tenebatur ex obligatione personali à satisdatione manante, & ad eum transmissa cõmisaque stipulatione actor facultatẽ habebat conueniendi reum, eius hæredes, aut fideiussores, quod sensit, si docte & attente cõsideretur Iustinia. in d.prin.inst. de satisda.6.(vt si rẽ nõ restitueret, nec litis æstimationẽ potestas esset ei, &c.) Quæ omnia in actione personali cessabant, quæ cũ obligatum, & eius patrimonium nõ certam & destinatam rem respiciat, iudiciũ super ea à nullius rei possessione dependebat, timereque nõ poterat actor quod per dolum rei varijs adstringeretur iudicijs, & facilior erat & sine tãtis ęstimationibus executio sententiæ super ea latæ extra.l.4. in prin. ff. de re iudi. hodie vero ex noua Iustiniani cõstitutione, neque personali neque actione reali conuentus proprio nomine satisdationem præstare tenetur de iudicato soluendo.§. sed hodie instit. de satisdat. Si vero alieno nomine quis agat vt procurator, vel defensor satisdare debet, cum nemo iustus alterius defensor sine satisdatione in iudicio existat, dict.prin.inst. de satisdát.in fi.l.nõ videtur.53.l. qui pro prio.46.§.qui alium.l.sed & hæ.35.§. defendere.ff. de procurat. & obseruabis quod licet procurator & defensor rem alieno nomine tueantur in se tamen longe differunt. l. nam postea.9.§.ius iurandum.l.ius iurandũ.17. ff. de iure iuran.l.1.§.fi.ff.quibus mo. pignus. l. si cum procurat. 23. ff. de re iudi.l.si mater.11.§.hoc iure.ff.de exceptione rei iudic. l. si fideiussores.6.ff.ad Velleianum. Docent Bart. Duar. & cæteri ad Rub. ff. de procura. Defensor enim dicitur qui sine mandato aliquem in lite defendit ex dictis iuribus, l.tutores. 6. infra rem ratam haberi. Defensorq; in lite solum admittitur ex parte rei non ex parte actoris, quoniam publice vtile est absentes à quibuscumque defendi.l.seruum.33.§. Publice. ff.de procur.l.2.ff.de no.ope.nunci. & is numquam sine satisdatione admittebatur ex iuribus supracitatis procurator vero ille dicitur ad lites, qui cum mandato veri Domini in iudicio comparet.l.1. ff. de procur. l.1.tit.5.part.3. & is procurator tam ex parte actoris quam ex parte rei in iudicio admittitur.§. sin autẽ instit. de satisdat.l.1.C.de satisdando.l. 21. tit.5.part.3. Procurator actoris si de mandato constabat satisdare non cogebatur.l.ne satisdatio. 21.infra rem ratam heri.l.si procuratorem.65.ff.

 de

de procura. idem erat si apud acta Dominus litis præsens procuratoris sui personam confirmauit ex dictis iuribus, si vero de mandato dubitabatur, vel illud non ostendebat ratam rem Dominum habiturum cauere debebat d.§. sin autem l.1.C. de satisdãdo l.1.C. de procurat. procurator vero rei & si de mandato constet iudicatum solui, cauere debet, ex communi traditione glossę Bartoli. Paul. & cæterorum in Rubri. supra Octomano & alijs in d.§. sin autē nisi reus absens in mandato procuratorē suũ ab onere satisdationis releuet. Quo casu quia Dominus fidei iuuere videtur, procurator satisdare non debet. d.l. si procuratorem. l.21. titu. 5. part. 3. docent Bart. & alij relati per Marantam de ordinatione iudiciorum. 6. part. 8. mem. nu. 11. Et est hoc hodie frequentissimum in mandatis ad lites vt constat ex eorum, formula à Monterroso relata fol. 125. Est & alius casus quo rei procurator nõ satidat relatus à Iustiniano. in d.§. sin autem. d. versic. si vero.

Sed iuste dubitarunt Castrensis in Rubr. supra num. 4. Otomanus & Balduinus, in d.§. sin autem quæ fuerit differentiæ ratio, propter quã actoris procurator cum mandato non satisdabat, rei vero procurator etiam si de mandato constaret ad satisdationem cogebatur: differentię tamē ratio meo videri esse potest quod procurator actoris quando mandatum habet ideo non satisdat, nam satisdatio quasi sine mandato ageret præstare debebat erat rem ratam Dominũ habiturum d.§. sin autem l.1. infra rē ratam haberi ad hoc interponitur, ne iudicium illusoriũ reddatur si Dominus post procuratoris iudicium iterum reum conueniet d. princ. de satisda l. non solum. 39.§. est & casus ff. de procurat. quod damnũ per mãdatum à Domino præstitum, reparatur, nam si post procuratorem iterũ experiri velit poterit exceptione repelli quod causa cũ legitimo eius procuratore mandatum habente agitata fuit & ideo à satisdatione releuatur, at vero quando quis conuenitur & constituit procuratorem de mandato qui constat ad securitatē actoris adhuc necessaria est satisdatio, nam mandatum id solum operatur vt iudicium cum procuratore susceptum Dominus probet, si tamen procurator in dolo versetur rē non defendat vel post condemnationem reus sententiæ non pareat id nõ prouidetur per mãdatum adhucque hæc satisdatio vtilis est vt à dolo procurator arceatur rē defendat & sententiæ satisfiat, si forte Dominus non parendum sententiæ ideo contendat, quod iudiciũ dolose processerit argumento l.1.§. si procurator. ff. si quis ius dicenti non obtemperatur. l. & eleganter. 7.§. si dolo. ff. de dolo sensit Castrensis si bene intelligatur vbi supra. Hæc autem satisdatio præstatur in initio iudicij ante litis contestationem. l. de die. 8.§. si seruus. l. Iulianus. 11. ff. Qui satisdare cogantur. l. si petitor. 8. infra gloss. Bart. Paul. & cæteri vbi supra. Cuiatius lib. 10. obseruationũ. c. 19. quibus præhabitis superst vt Caij verba explicemus, quod vt cōmodius fiat singulos Bart. numeros præcurēdos decreui.

Ad Bartol. nu. 1.

Bartol. hic post nostræ. l. diuisionem conclusionem eius in hunc modũ elicit: mutatio qualitatis personæ procuratoris stipulationem iudicatum

dicatum solui corrumpit si sciente actore contingat, secus vero si ignorāte. Sed opponit Bart.1. contra nostrū tex quatenus docet præstita nostra satisdatione posse procuratorē reuocari.l.si defunctus.15.ff. de procurator. præmisso ad inductionem mandatum re integra dupliciter reuocari. 1.expresse.l.ante litem.16.ff. de procurat.§.recte instit. mandati. cap.2.de procurat.in 6. Secundo modo tacite per mortem mādantis vel mandatarij.d.§.recte.l. mandatum. 57.ff.mandati.l.mandatum.C.eodē. l.23.& 24.titu.5.part.3.Bart. Iaso & cæteri in.l.eius qui.ff.si certum petatur.l.& quia. ff. de iurisdictione omnium iudicum, sed præstita satisdatione de iudicato soluendo mandatum per mortem mandantis quasi re nō integra non extinguitur.d.l.si defunctus, ergo in specie nostra cum fuerit interposita satisdatio de iudicato soluendo quasi re non integra non potuit mandatum reuocari expresse & prohiberi procurator. Cui difficultati respondet Bart. distinguendo inter expressam & tacitam reuocationem ad expressam reuocationē satisdatio interposita de iudicato soluendo non efficit rem non esse integram & ideo valet ex nostro text. quia præparatoria est ad iudiciū & præparatoria non faciunt rem non esse integram.l.si pecuniam.5.ff. de condic.causa data.secus est in tacita reuocatione quæ morte contingunt quo ad eam enim dicitur res non esse integra interposita satisdatione de iudicato soluendo.d.l.si defunctus & ideo morte mandātis ibiq uasi re non integra mandatum non extinguitur quod ante Bar. docuerat Acursius in d.l. ante litem scholio finali. quos sequuti fuerunt Pau.& alij in d. l.si defunctus & se subscripserunt mi serí quidam, qui cum nihil in iure profecerint tempus in alienis transcribendis consummunt ea thypis mādare facile reputantes neque erubescentes omnium subire censuram ab eisque suos detegi errores, nos vero qui in veritate præscrutanda alienisque iuste expendendis versati sumus quę â Bart. vt communi pręceptore iurisque auriga vere tradita extant amplectimur eius doctrinā, ingenium, labores & singularem industriam laudantes & mirātes, quæ vero à iuris vera cognitione deuiāt aspernentes, & ideo superstitioni doctrinæ nos vnquam subscribere potuimus, nec prędictā distinctionē admittere. Primo quia nulla cōgrua differentiæ ratio inter expressam & tacitam reuocationem assignari potest. Vnde succedit regula.l. cū quid. 3.ff.si cer.pet. Secūdo ex expræsa.l. quā forsam qui Bar. sequuti sunt, neq; vnquam viderunt aut visam non intellexerunt in.l.si præcedente 58.ff. mandati. Præmisso ad inductionem procuratorem rei etiam cum mandato teneri præstare satisdationem de iudicato soluendo vt in præludijs scripsimus. quo supposito docet illa l. quod si aliquis absentem in iudicio defendat cum mādato & cum ignoraret mandantem mortuum esse iudiciū susceperit, licet morte mandātit fuerit mandatum extinctū, durat tamen propter eius bonam fidē mādati actio, ergo licet fuerit interposita satisdatio de iudicato soluendo dicitur adhuc res integra quo ad tacitā reuocationem & ideo mandatū quasi re integra morte mandantis extinguitur. Tādem conuincitur ex.l. nulla.23.C.de procurat. vbi mandatum quod habet procurator rei non extinguitur morte mandantis contingente post litis contestationem quasi iam

ſi iam res non ſit integra quia procurator Dominus litis effectus eſt, ergo ante litem conteſtatam ex ſententia illius.l.mandatum reuocabitur morte mandantis quantumuis præſtita noſtra ſatiſdatione, nec nos autoritate deſtituimur nam contra Bart. iuſte conantur quod nos defendere Angel.in.d.§.recte Alueric.in.d.l.ante litẽ Imola in.l.2.§. ſed ſi quis. nu. 6.ff.de donatio.Duar. ad titul. ff. de procurato.c. fi. in fine, in eo tamen deficiunt quod reiecta Bart. ſuperiori diſtinctione, nihil afferunt quod Iuriſconſultos componat, qui ſumme inter ſe pugnant in re tamen lubrica & obſcura iudicium noſtrum, ſequens eſt. Exiſtimo nec tacite, nec expreſſe reuocationis eſſe adhibẽdam diſtinctionem, ſed ſi procurator rei cum mandato ſatiſdationem præſtiterit dum modo lis non ſit cõteſtata adhuc rem integram dici & mandatum expreſſe & tacite poſſe reuocari, quomodo accipio noſtrũ tex. d.l.ſi præcedente & d.l.nulla nec refragatur d.l.ſi defunctus. Pro cuius vera explicatione eſt conſtituenda differentia an procurator rei cum mandato ſatiſdederit ipſe de iudicato ſoluendo, an vero reus qui mandauit pro procuratore ſatiſdationem præſtiterit priori caſu ante litem cõteſtatam mandatum expreſſe reuocatur, & tacite per mortem quia res integra eſt quomodo accipio noſtrũ text. ſecundum Paul.Caſtrenſ. hic & iura ſimilia, poſteriori vero caſu per mortem mandantis mandatum non expirat, cuius rei ratio eſt quoniam mandatum ideo re integra morte mãdantis ceſſat, quia voluntas ipſa morte finitur.l.4.ff. locati docuerũt Ang. & alij in d.§.recte, Iaſo & cæteri in d.l.eius qui, at quando reus procuratorem conſtituit, & pro eo ſatiſdat vt in d.l.ſi defunctus cum ſciat hæredes ſuos, & fideiuſſores, ex ſatiſdatione obligandos, licet moriatur videtur in eadem voluntate perſeuerare & ideo procurator virtute mandati cauſam proſequi valet. d.l. ſi defunctus, ex qua veriſsima reſolutione, iam intelliges quod in d.l.ſi defunctus dicitur mortuo reo mandante procuratorem, qui ſciens mandatum ſuſcepit, & acceptauerit cõpellendum cauſam defendere & iudicium ſuſcipere, nam cum Dominus ipſe ſatiſdederit nõ debet in poteſtate procuratoris, eſſe cauſam de relinquendo efficere, vt contra Dominũ & eius fideiuſſores ſtipulatio comitatur quæ fuit viua ratio edicti prætoris contenti in l. filiusfamilias. 8 §. fi.ff.de procurat. vbi ſi procurator legitimam, non afferat excuſationem, & pro eo Dñs ſatiſdederit à prætore cogitur iudicium ſuſcipere & continuare, quod ſenſit ſi attente cõſideretur. Cõſultus in.l.Titius.76. ff. de procurat. vbi procurator, qui mãdatum ſuſcepit, ſi ipſe pro ſe ſatiſdederit cogendus non eſt à prætore iudicium accipere, ipſe enim timens quod ſi rem non defendat cõmittetur contra eum, & eius hęredes ſtipulatio iudicium ſuſcipiet & illud tuebitur quomodo etiam conciliabis, d.l.ſi defunctus, cum.l.non cogẽdum.45.§.Sabinus.ff.de procurat.in in qua procurator, qui mandatum acceperat, licet iuſtam cauſam non habeat, non cogitur iudicium accipere, quia ipſe ſatiſdedit pro ſe & hæc ſatiſdatio idem operatur, quod prætoris, coactio & compulſio, d.l. Titius.

Secundo loco opponit hic Bart. contra principium noſtræ.l. quatenus docet quod ſi procurator ante acceptum iudicium reuocetur à Domino

mino & actor ignorans reuocationem egerit, committitur stipulatio de iudicato soluendo: argumentatur autem Bart. in hunc modū, aut hæc stipulatio committi debuit propter dolum adhibitum ex clausula de dolo & cum nullus dolus intercesserit commiti non potuit vel committur ex clausula de re defendenda, quo capite cōmiti non potuit cū res fuerit defensa & iudiciū susceptū vt ex litera constat aut propter rem iudicatam erat committenda ex clausula de re iudicata & nullo modo locus ei esse potuit, nam sententia lata non tenet cōtra Dominum qui procuratorem reuocauit. l. plautius. 61. ff. de procurato. l. 4. ff. de re iudi. cū igitur tres clausulas nostra satisdatio contineat, vt supra scripsimus, & ex nulla ex his committi potuerit male Gaius hic in princ. committi docuit. Propter quam difficultatem variæ extant nostræ. l. lecturæ vt constat ex glossis Bart. Aluer. & reliquis hic prima fuit Rojerij sententia stipulationem hic cōmisam fuisse ex clausula de re defendēda, neque obstare dicit Rojerius, quod hic fuit res defensa & iudicium susceptum, nam cum ante litem contestatam fuerit reuocatum mandatum mutata fuit qualitas personæ procuratoris. Vnde extingui debuit stipulatio, quia fideiussores promiserunt rē defendi per procuratorem, & non fuit per procuratorem defensa reuocato mandato, vnde cum res defensa nō fuerit vt promisum fuit committi debuit stipulatio, verum hanc Rogerij lecturam improbat Bart. sequenti argumento, nam cum publice inter sit reos defendi d. l. si seruum. §. publice ff. de procurat. obseruabimusque supra ad præludia vt res dicatur defensa, quilibet etiam extraneus quanuis in stipulatione, non contentus si rem defendat, facit non committi stipulationem ex clausula de re defendēda l. iam tamen. 5. §. nunc videndum supra eodem, ergo procuratore hic quāuis reuocato & extraneo constituto iudicium suscipiente recte dicetur res defensa, nec locus erit ex prædicta clausula stipulationi. Sed ego licet non aquiescam Rogerij sententiæ, vltra scribentes hic non in subtili litera aduerto quod si Rogerij sententia vera esset ex prædicto Bart. arg. nō corrueret, nam quod dicitur, vt non committatur stipulatio ex clausula de re defendēda sufficere à quolibet rem defendi intelligendum est, si is qui noue rem defendit & ipse de nouo de iudicato soluendo satisdederit, aut actor sciens eum sine satisdatione admiserit. d. §. nunc vidēdum versi. si modo: Vnde cum hic procurator reuocatus sine satisdatione iudicium susceperit, nec posit dici scientem actorem eū sine satisdatione admisisse, cum fuerit ignarus reuocationis, dicere recte possumus non iuste rem defensam adhucque Rogerij sententiam vigere. Verum ex eo mihi displicet nam cum ante rem defensam fuerit reuocatus procurator & sic qualitas eius mutata extincta fuit stipul. ex versi. ꝙ si sciēs nostræ. l. vnde cōmiti, nō potuit nec dubitari vtrum res iuste defensa fuerit & aliud censetur iudicium, quam pro quo se fideiusores obligarunt.

Quare succedit alia Ioannis lectura, à Bart. glossa & cōi. hic relata, & admissa scilicet stipulationem de iudicato soluendo fuisse in principio nostræ legis commissam ex clausula de re iudicata propter sententiam latam in iudicio à procuratore reuocato suscepto, nec refragatur quod reuocatione mandati ante iudicium

contingente sententia postea contra procuratorem data dominum non obliget, sicq; fideiussores non teneãtur qui pro sentẽtia se obligarũt qui dominum teneret respondet enim Bar. & communis, quod cum hic reuocatio mandati fuerit facta, actore ignorante, vt ex litera apertè constat iuris fictione & interpretatione non videtur procurator reuocatus, nec mutata personæ qualitas. Cũ igitur saltim iuris fictione idem iudiciũ sit eadem personæ qualitas, pro quibus fideiussores suam astrinxerunt fidem tenebuntur, & stipulatio committitur argumento d. l. si procuratorem ff. de procurat. l. 1. C. de satisdando, c. mandato, extra de procurator. l. 24. tit. 5. part. 3. Ioannem Accur. & Bar. sequuntur hic Castrensis, & Aluericus. Bald. & Salicet. in d. l. 1 Abbas & cæteri in d. c. mandato, Felinus, & omnes in c. ex parte Decani, extra de rescrip. Ex quibus constat hanc sentẽtiam communem esse, super qua discurrere aut disputare nec poterunt, nec ausi sunt miseri à nobis supra relati, nos vero ex bene fundata iuris prudentia quam di dicimus & amplexi sumus superiorem doctrinam exequibus periculosam credimus. Primo, quoniam etsi concedamus reuocatione aduersario ignorante facta in nostro tex. iuris fictione non censeri procuratorem reuocatum, adhuc tamen fatendum necessario est, mutatam esse cõditionem procuratoris, pro quo satisdatum est: nam cum ante reuocationem propter mandatũ verus esset procurator, post reuocationem vero, non verus sed fictus & quasi procurator dicitur, vt apparet ex dicto capite mandato, cum similibus. Vnde semper dicere possumus, non esse eandem qualitatem personæ, quæ interpositæ stipulationis tẽpore fuit. Nam stipulatio interposita fuit & fideiussores se obligarunt pro vero procuratore cum vero agente mandato, nunc autem post reuocationem fictus & quasi procurator reperitur, militatque ratio nostræ l. quod pro eo se fideiussores non obligarunt, iuxta versiculum, sed oportere, nostræ legis, constat autem fideiussoriam obligationem non esse extendendam ad casum stipulatione non comprehensum postea emergẽtem, vel à lege inductum, aut fictum l. illud. 10. ff. quod metus causa, l. labeo. 25. §. fi. ff. de recep. aruit. l. si cum Hermes, 7. vbi glos. C. de locato. l. fi. ff. de fideiuss. Rursus subtiliter aduerto non sine mysterio d. l. si procuratorẽ cum similibus tractare de procuratore actoris ignorante reo reuocato, nõ vero de procuratore rei, & de inducenda liberatione fideiussorum, nos vero tractamus de procuratore rei, & obligandis fideiussoribus, quod durius est l. Arrianus. 47 ff. de oblig. & actio. tentari autẽ posset decisionem d. l. si procuratorem & similium procedere solum in procuratore actoris, vt si is reuocetur, reo ignorãte iudicium substineatur, & non reuocatus iuris fictione censeatur, secus vero sit in procuratore rei, cuius reuocatio sufficit, quod soli procuratori intimetur, nec necessarium sit actorem eius fieri certiorem, discriminis rationem inde petẽdam arbitror: nam procurator actoris, qui in iudicio cõparet cum mandato non tenetur satisdare, vt in præludijs scripsimus. Vnde si non succurreretur reo, omnino fraudatus maneret, nam propter reuocationem mandati eo ignorante factam, iudicium postea susceptum actori non præiudicaret, nec reus ex satisdatione

ne agere posset, quæ ab initio non fuit interposita, nec exigi potuit, cũ procurator mandatum ostenderit. Lex igitur vt fraudibus occurrat, iuxta legem in fundo. 38. ff. de rei vendic. fictionem induxit, fingendo ex æquitate non esse procuratorem reuocatum, quando reuocatio reo ignorante facta fuit, & ideo compellitur dominus, iudicio à procuratore suscepto acquiescere, secus vero est in procuratore rei, qui licet mandatum habeat, satisdare debet, vt supra scripsimus. Vnde si reus procuratorem reuocet, quantumuis id ignorãte actore fiat, reuocatio tenebit: & cum habeat actor actionem ex satisdatione propter dolum in nõ certiorando eo adhibitum necessarium non est ad fictionem d. l. si procuratorem recurrere, cum lex nisi suadente æquitate, & in subsidium nunquã fingit Bartoli doctrina communiter recepta in l. si is, qui pro emptore n. 30. ff. de vsucapionibus. Ex quibus si periculosa videatur superior Bart. ad nostrum textum communis traditio recurrendum putarem ad nouissimam Hugonis lecturam existimantis in principio nostræ l. fuisse stipulationem commissam ex clausula, de dolo malo, cum enim ignorante actore fuerit procurator reuocatus eo ipso à procuratore dolus cõmissus dicitur, siquidem statim debebat huius reuocationis actorẽ certiorẽ reddere, ne amplius cum eo litigaret, sumptibusque se innanibus vexaret, prout ignarus fecisse id dicitur & iudicium suscepisse, vt hoc respectu Gaius noster dicat reuocatione actore ignorante facta nihil aliud dici posse quàm committi stipulationem propter dolum in reuocatione, & in non certioratione commissum, quæ verba commissam, non cõmittendam stipulationem significãt, cum ex hac clausula commissa ex alia committi non potuit, l. iam tamen. 5. §. in hac, supra eodem, l. cum quærebatur, infra. Neq; obstat, quod Bartolus hic contra hanc sententiã obijcit, iuris fictione reuocationem hanc non valere, iudiciumq; & sententiam cum procuratore agitatam valere, dominumq; obligare, ac per consequens nihil actoris inter se certiorem reuocationis fuisse factum, hæc autem satisdatio ex quacunque clausula, nõ nisi ad id quod interest, si summa comprehensa non sit, committitur, vt docuerunt vniuersi scribẽtes in nostro titulo. Nam vt supra diximus, cum actori per satisdationem sit cautum, ad hanc fictionem recurrendum non est, quã non inducta reuocatio valuit, & iudicium, & sententia postea lata dominum non obligauit, semperque actor dicere poterit sua interfuisse reuocationis certiorem fuisse factum, est autẽ omnino fatuus, & à iuris cognitione alienus, qui contra hanc lecturam l. si quis cum aliter, 36. ff. de verbor. oblig. sentẽtiam obijcit, in qua stipulatio non interposita non corrumpitur ipso iure, sed ope exceptionis; hic enim nõ tractamus de stipulatione dolo iã interposita, ex qua si agatur, conuentus ex ea de dolo poterit excipere, d. l. si quis cum aliter, sed de stipulatione interponenda, quia dolus malus abfuit cõtra id quod in ea promissum fuit: & sic dolus adhibitus, quasi implementum conditionis stipulationi inhærentis, facit eam ipso iure committi, iuxta l. nouissima, infra eodem.

Tertio loco opponit hic Bart. l. seruus 14. ff. de his qui nota. infa. cõtra eam nostri tx. partem in d. versic. & ideo, quæ docet ex succesione mu-

tari qualitatem personæ & iudiciū: nam in d. l. seruus, licet alius heres existat, nec iudicij, nec personę inducitur mutatio. In qua difficultate, ommissis duabus interpretationibus à Bart. relatis vere resoluendum puto, aliud esse, quod postquam quis recepit mandatum & satisdationem præstititante acceptum iudicium heres existat vero domino, tunc enim si iudicium sciente actore accipiat, quia non accipit vt procurator, sed vt dominus & heres, propter hanc mutationem extinguitur stipulatio, & fideiussores liberantur qui se solū obligarūt pro iudicio accepto, cum vero procuratore. Fideiussoria autē obligatio, vt stricta non extenditur, nisi ad ea, quæ in stipulationem fuerunt deducta, ex expressa. l. centum capuæ. ff de eo quod certo loco. l. fideiussores. 68 in principio & in. § 1. l. fin. ff. de fideiuss. Docent Bart. & cœteri in dict. l. centum Capuæ. Iaso in l. mora. ff. de verborum obligat. Rolandus consi. 58. volum. 1. Boerius decisione. 314. Aimon cons. 45. & 272. Betius consilio. 103. aliud vero est quod ab aliquo sit iam iudicium susceptum & lis cum eo contestata, hoc enim casu cum dominus litis sit effectus dict. l. post litem. ff. de procurat. cum alijs, si ei alius heres existat non mutatur iudicium cum instantia heres succedat, l. si eum hominem, 33. vbi omnes, ff. de fideius. adeo sententia postea lata, non contra heredem sed contra defunctum data dicatur, & heres non suo, sed defuncti nomine cōdemnatus. Docet Muer. hic n. 4. Barbosa in l. si constante, §. fi. n. 17. ff. solut. matr. Cum igitur in d. l. seruus dominus, qui iudicium noxale susceperat lite cōtestata decesit suo seruo herede instituto, qui vt heres & in instantia succedens, iudicium continuauit, ex quo si condemnetur infamis non fit, quia cum non fuerit mutatum iudicium, non suo sed alieno nomine domini cōdemnatus dicitur, qua in specie, licet famosum sit, infamiam non contrahit, l. furti. §. si quis alieno, ff. de his qui notantur infam. Quam interpretationem præsensit Consultus in d. l. seruus, ibi quippè cum initio, &c.

Quarto loco Bar. hic opponit cōtra nostrum tx. l. Iulianus 11. ff. qui satisd. coga. l. in causæ, 27. §. si ex parte ff. de procurat. quæ iura vtpote eundem continentia tractatum, merito hic coniūguntur, probant igitur cōtra expressam nostri tex. sententiam ex mutatione qualitatis personæ stipulatione cōprehensæ stipulationē non euanescere, sed cōmitti, quāuis aduersario sciente id cōtingat. Quā difficultatem præsentiens Accursius hic verbo non teneri, vt eam dilluat distinguit, aut enim mutatur qualitas personæ ante litis contestationē, & acceptum iudicium, vel post, priori casu extinguitur stipulatio, ex nostro textu & similibus, posteriori nō quia in prima specie non est idem iudicium, pro quo se fideiussores obligarunt, posteriori vero idem manet iudicium, vt scripsimus ad præcedētis oppositionis resolutionē, ab hac tamen interpretatione recesserunt Bar. & cæteri hic Iaso & alij in d. l. Iulianus sequentia contra eam expendentes fundamenta. Primum d. l. Iulianus, vbi mutatio ante litem contestatam contingit, vt constat ex illo verbo, petiturus. Secūdo expendūt l. 1. §. fi. ff. quibus mod. pig. & hypot. soluitur, vbi translata lite à defensore in procuratorē, & sic mutata persona post litis cōtestationem adhuc corrumpitur stipulatio, & fideiussores liberi manent. Expēdunt vltimò sequen-

ſequentem rationem, nam cum lite cõteſtata perſona procuratoris magis firmetur cum dominus litis fiat. l.ante litem,cum ſequentibus. ff. de procurat. l. procuratoribus. l. nulla. C.eodem.l.19.titul.5.part.3.conſiderabilior eſſe debebat mutatio qualitatis perſonæ poſt litem conteſtatam contingenſque ante vt ſtipulationem vitiaret.

Quam obrem ea reiecta interpretatione & alijs pluribus quas hic & in dictis locis ſcribentes comminiſcuntur Acurſij diſtinctio, hic verbo teneri & in.d.l.Iulianus, & in d. §. ſi ex parte verbo commiti frequẽtiori calculo recipitur vt præſtita ſatiſdatione iudicatum ſolui diſtinguamus, an mutatio contingat ex parte actoris & eius procuratoris, vt in.d. l.Iulianus & d.§.ſi ex parte & hoc caſu non extinguatur ſtipulatio, ſiue ante, ſiue poſt litis cõteſtationẽ contingat ex dictis.ll. ſi autem mutatio contingat ex parte rei, vel eius procuratoris ſtipulatio corrũpatur ex noſtro tex. & ex d.§.ſi. cui diſtinctioni, vt pote horum iurium contextura, congruenti ſe ſubſcripſerunt Bart. Paul. Iaſo. Alexan. Socin. & alij quos retulit accurate eos ſequutus Oroſcius.in d.l.Iulianus & ibi. Eguinarius: ſed in aſsignanda differentiæ ratione valde laborant plures cõgerentes, quas referre & confutare lõgum eſſet, & à noſtro inſtituto alienum, quod ſemper verſatum fuit nõ in verboſis & gramaticis innanibus floſculis & ornatu refectis commẽtarijs ædendis, ſed in veris Iuriſconſultorum indagãdis rationibus, quapropter eas non referam, ſed ſolum quę à Bar. tradita & probata hic fuit: exiſtimat igitur Bart. mutata qualitate perſonæ ex parte actoris non mutari reſpectum ob quem fideiuſsores ſe obligarunt & quem eorũ obligatio reſpicit; fideiuſores enim, qui pro reo vel eius procuratore acceſſerunt, & iudicatum ſolui promiſerũt ſe obligarunt reſpectu iuris quod apud actorem eſſet quod ius ſiue per actorem, ſiue per procuratorem in iudicium deducatur, idẽ eſt pro quo fideiuſores, ſe obligarunt & ideo adhuc tenentur.d.l. Iulianus, quãdo vero interpoſita ſatiſdatione de iudicato ſoluendo mutatur, perſonæ qualitas mutatur ille reſpectus cuius reſpectu fideiuſores promiſerit, quam rationem meram veritatem appellant & eandem rationem noſtræ. l. eſſe cõtendunt communiter ſcribentes, ideo enim mutata qualitate perſonæ ſtipulatio corruit, quia non eſt idem reſpectus pro quo fideiuſores ſe obligarũt. Quam rationem confirmant ex omnibus exemplis noſtræ. l. nam quando procurator rei cum mandato ſatiſdat in noſtrá lege fideiuſores ſe obligarunt pro ſententia, quæ Dominum teneret ex. d.l. Plautius, vnde ſi procurator reuocetur ante acceptum iudicium cũ iam ſententia Dominũ non obliget d.l. Plautius fideiuſorum mutatur reſpectus: idem erit ſi procurator Domino ante iudicium hæres exiſtat tunc enim ſententia heredem tenebit & ſic mutatur reſpectus ipſorum fideiuſorũ. Idem erit ſi qui defendere volebat ſatiſdederit, & poſtea cum mandato iudicium accipiat, vel hæres exiſtat Domino, his enim caſibus ex noſtra. l. corruit ſtipulatio, nam fideiuſores ſe obligarunt reſpectu ſentẽtiæ, quæ defenſorem obligaret, quo mutato mutatur reſpectus pro quo fideiuſores promiſerunt, ſed hæc ratio ex ſequẽtibus, periculoſa eſt, primo quia quemadmodum mutatione ex parte actoris contingente idem ius acto-

 ris

ris manet vt Bar. ait, ita etiam ex parte rei si contingat mutatio idem ius est, ipsius rei & idem in iudicium deducitur quanuis deducatur à mutata persona. Rursus quādo defensor de iudicato soluendo promitit fideiusores se obligant pro iudicio quod ab eo sit susceptum & pro sententia contra eum ferenda quæ eum obliget, vnde licet postea hæres existat Domino & iudicium prosequatur, quia sententia eum obligat non videtur mutatus respectus fideiusorum & sic adhuc teneri debebant quod nostra l. in versi. si. negat, quare planissimus meo videri sensus erit harum legum si Bart. respectum non ad ius partiū, sed ad iudicium referatur adhibēdo singularem doctrinam, vt si ex mutatione qualitatis personæ mutetur iudicium ad quod fideiussores, respexerunt extinguatur stipulatio, si vero nō mutetur, adhuc maneat & substineatur. In fideiussorum enim horū obligatione stricta stricte versari debemus vt nos non extēdamus ad id quod ipsi nolluerunt argumēto. l. 3. in primo supta l. cum apud. 20. infra ex quibus planus aperitur iam sensus omnium iurium, nam in d. §. si ex parte, siue iudicium à procuratore in Dominum, siue à Domino in procuratoem transferatur, cum id fiat post litem contestatam, nō mutatur iudiciū nec sententia pro qua fideiusores se obligarunt, semper enim iudicium, & sententia Dominum obligat ad quod se fideiusores obligarūt & ideo committitur contra eos stipulatio, eo dem modo cum procuratore, non procuratore redito ex reuocatione, vel successione mutetur iudicium & sententia, ad quam fideiusores, respexerunt, corruit stipulatio, & liberantur in nostra. l. similitet in d. l. 1. §. si. defensore satisdante & fideiussores dante, si ab eo transferatur, iudicium in Dominum præsentem liberantur fideiussores, qui se solum obligarunt pro sentētia quæ defensorem teneret. d. l. Plautius, post translationem vero non defensorē, sed Dominum obligauit, & ideo mirum non est fideiussores liberos manere ex hac mutatione, cum respectus suæ obligationis fuerit mutatus. Tādem, & postremo subtiliter interpretor prædictā. l. Iulianus in ea in primis aduertens satisdationē hanc de iudicato soluendo esse ad iudiciū præparatoriam, vt supra, cum Bart. admonuimus expressa. l. amplius nō peti. 15. ff. rē ra. haberi. neque ex satisdationis interpositione dicitur iudicium acceptum, sed accipi velle: quo supposito plana est iam sententia d. l. Iulianus. 6. enim qui nomine alterius & tanquam eius procurator aliquem cōuenire volebat, nam sine mandato non ageret vt in præludijs diximus accepit à reo satisdationem & fideiussores præparādo iudicium, vt signauit Iulianus, in illis verbis petiturus fundum si ea coniungas cum d. l. amplius non peti, vnde si postea mandatum accipiat & agat fideiussores obligantur quia idem est iudicium, eadem sententia pro qua fuerunt obligati. Nec obstat quod cum accepit satisdationem, non habebat mandatum & sic stipulatio interposita nullius fuit momenti. l. 3. §. stipulationem supra, nam mandatum postea interueniens ratificauit stipulationis interpositionem, vt resoluit Molin. lib. 4. de Hispanorum prim. cap. 5. nu. 33. Hæc sunt amantissimi auditores quæ in huius legis explicationem & ornatum adducere potuimus quæ si vobis probata fuerint nihil iucundius aut honorificentius nobis accidere poterit, animusque noster ad longe alia maiora excitauitur. Valete & viuite fœlices.

FINIS.